

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 288

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Isabelle Hautot

Avocate à la Cour de Paris

## Arbitrage commercial international

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes  
Saarbrücken, den 4. November 1992

## **L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**

### **Introduction**

(1) Si j'ai choisi, à l'invitation du Professeur Torsten STEIN, de vous parler de l'"Arbitrage Commercial International", c'est en considération, tout à la fois, de la place considérable qu'il occupe dans l'organisation des relations économiques internationales et des malentendus qu'il suscite dès lors qu'on sort des milieux un tant soit peu spécialisés en la matière. C'est ainsi qu'à des spécialistes de droit européen ou de droit international public on peut apporter des éclairages utiles -tandis qu'on s'excusera auprès des praticiens du droit international "privé" de rappeler des notions sans doute déjà connues.

(2) Trois notions sont contenues dans l'intitulé même du sujet que je vous propose, et elles appellent déjà des précisions -précisions rapides, certes : je procéderai par évocation - mais précisions nécessaires.

Sur la notion d'arbitrage tout d'abord, je rappellerai deux choses : ce qu'il n'est pas, et de quoi il se différencie.

Lorsque l'on parle d'"Arbitrage Commercial International", il ne s'agit à l'évidence pas de cette méthode sommaire, technique et non juridique, qui consiste (pour en donner une tentative de définition très large) au sein d'un milieu professionnel homogène, à confier à un tiers le soin de trancher d'une situation simplement floue ou pré-conflictuelle : cela est l'arbitrage au sens commun du terme, que l'on retrouve aussi bien dans l'arbitrage sportif, dans l'arbitrage boursier, que dans la "fonction d'arbitrage" qui existe au sein d'institutions complexes, notamment la Communauté Européenne.

L'arbitrage dont on parle ici est ce véritable succédané de la justice étatique qui consiste, sur le fondement d'un libre accord des volontés et donc par la voie contractuelle, à

confier à un tiers, personne privée, la mission de trancher d'un différend au moyen d'une décision à valeur juridictionnelle.

Cet arbitrage-là, qui peut, suivant les cas, être interne, international, commercial international ou encore transnational -on y reviendra-, se distingue d'autres méthodes de résolution des différends, qui peuvent d'ailleurs se combiner avec lui.

(3) L'arbitrage se distingue tout d'abord de la conciliation, par laquelle les parties parviennent par elles-mêmes, pacifiquement, à la solution de leur litige. L'arbitrage se distingue également de la médiation par laquelle les parties parviennent au même résultat en ayant cependant recours à un tiers, le conciliateur, qui formule des recommandations recueillant le consensus des adversaires. La solution obtenue par conciliation est ainsi dégagée par les parties elles-mêmes, tandis que la solution obtenue par médiation est dégagée par le médiateur et doit recueillir l'assentiment des deux parties. La décision, la sentence arbitrale au contraire s'impose aux deux parties dès son émission, avant même que les parties en aient connaissance, et sans égard au fait que celles-ci en soient ou non satisfaites.

(4) L'arbitrage se distingue par ailleurs de l'expertise, non seulement de l'expertise judiciaire, mais également de l'expertise conventionnelle (dont les contours sont d'ailleurs plus ou moins flous suivant les pratiques et les législations nationales). Par l'expertise, les parties confient à un tiers le soin de donner un avis, une opinion, sur un problème de nature technique ou scientifique, lequel avis ou opinion ne lie ni les parties ni le juge ou l'arbitre qui le demande, ni ne tranche d'une quelconque manière des droits respectifs des parties.

Les pratiques et notions "frontière" entre arbitrage et expertise sont cependant légion. Elles posent régulièrement aux praticiens des difficultés de qualification, qui se traduisent par des incertitudes procédurales. On en citera pour exemple : la fixation d'un prix de vente par un tiers, qui sera considérée en droit français comme le complément (indispensable) du contrat, alors même que l'article 1592 du Code Civil français le qualifie (à tort !) d'arbitrage, mais qui pourra être considéré en droit suisse comme une décision de nature arbitrale ; l'expertise-arbitrage de droit allemand (le *Schiedsgutachten* du § 317 du BGB), où la décision de l'expert-arbitre lie le juge éventuellement saisi d'un litige ultérieur, et qui pose en droit français une difficulté quasi-insurmontable de qualification.

Un autre exemple d'institution "frontière" est l'arbitrage de qualité, extrêmement répandu dans le commerce des matières premières, et qui consiste à confier à des tiers, membres permanents de Centres d'arbitrage ou de Bourses de commerce, le soin de décider si les marchandises livrées sont conformes ou pas aux marchandises promises : l'institution se rapproche de l'expertise par son caractère technique extrêmement poussé, mais n'en est pas moins un arbitrage dans la mesure où le tiers est libre de tirer toute conséquence de ses constatations de qualité, notamment d'aménager le prix contractuel. L'expertise pré-arbitrale, ou encore le référé-arbitral n'ont en revanche pour but, essentiellement, que de réunir à temps les données de fait de litiges d'origine technique, ou d'élucider ce type de difficultés, pour en référer, à défaut d'accord, à des arbitres, à la fin de l'exécution d'un contrat généralement complexe.

(5) Après cette sorte d'aperçu "en négatif" de l'arbitrage, par différenciation avec quelques notions voisines (ou complémentaires), reste à définir ce qu'on entend par arbitrage "commercial international".

L'arbitrage tout d'abord, cette justice privée qui a toutes les caractéristiques et toutes les prérogatives de la justice étatique y compris la possibilité d'exécution forcée dès lors que la sentence sera intégrée à un ordre juridique national par l'apposition d'une ordonnance d'exequatur, cet arbitrage peut aussi bien être interne ou international.

Interne, il est une alternative à la compétence ordinaire des juges, -et dans certains pays le mode ordinaire de règlement des différends.

International en revanche, il change de fonction, et quasiment de nature, car il n'est alors plus un mode alternatif, mais obligé, de règlement des différends.

(6) A peine sera-t-il besoin ici de s'étendre sur la notion d'internationalité : la jurisprudence française depuis les années 30, suivie par la législation française de 1981 sur l'arbitrage international, en a adopté un critère pragmatique, matériel, économique en un mot, selon lequel "*est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international*". Pour ne citer qu'un autre exemple, la loi fédérale suisse de droit international privé (L.D.I.P., dont le chapitre 12 est consacré à l'arbitrage international) adopte elle un critère juridique dans des termes cependant suffisamment vastes pour aboutir à peu près au même résultat. Il suffira ici de constater que l'internationalité objective d'un

litige (objective, c'est-à-dire non artificielle) fera échapper ce litige à l'emprise naturelle d'un quelconque ordre juridique étatique, de sorte qu'aucune juridiction nationale ne sera ni naturellement, ni aisément, apte à lui trouver et à imposer une solution satisfaisante pour les deux parties.

(7) Quant au terme de "commercialité" (retenu notamment par la Convention Européenne signée à Genève le 21 Avril 1961), il est à vrai dire quasiment impropre et redondant.

Impropre, car la notion de commercialité, et par voie de conséquence la distinction entre un droit civil et un droit commercial renvoyant à des distinctions de certains droits internes, n'a guère de sens en matière internationale ; impropre également car le terme de commercialité s'entend ici comme englobant tous les rapports économiques, quels qu'en soient les protagonistes, même si l'un d'eux est un Etat ou une personne publique.

Redondant, car le terme "commercial" accolé à l'expression "arbitrage international" n'a pour but que de différencier l'arbitrage des rapports économiques, de l'arbitrage des difficultés entre Etats souverains -qualifié aussi d'arbitrage international, de sorte que certains, dont les Professeurs Bernard Audit et François Rigaux, proposent d'appeler transnational l'arbitrage "commercial" international. Problème de terme donc, réglé aussitôt qu'évoqué : seul importe de retenir que l'arbitrage international (ou transnational) est le mode désormais normal et naturel de règlements des différends relatifs aux rapports économiques internationaux quels qu'en soient les protagonistes, à la seule exception des différends entre Etats souverains.

(8) Il est donc apparu intéressant d'exposer comment ce que le Professeur Philippe Fouchard appelait dans sa thèse fondamentale de 1965 une "*méthode apparemment rudimentaire de règlement des différends*" est devenue un succédané satisfaisant de juridiction internationale, "*en l'absence d'une juridiction internationale de droit privé dotée d'une compétence générale*", suivant les termes du Professeur Pierre Lalive ("*Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial*", Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye).

(9) Pour réaliser cette ambition, l'arbitrage international a eu à remplir, et continue de poursuivre, deux objectifs essentiellement. Cette justice privée, confiée temporairement à de simples particuliers, a dû accéder à la "dignité" de mode, non pas alternatif mais normal, de règlement des différends compte tenu de la spécificité de la matière internationale. Elle a dû par ailleurs se matérialiser en une sentence à valeur juridictionnelle et internationalement reconnue.

A cette fin, l'arbitrage international a connu, et continue de connaître, un double mouvement d'affranchissement : un affranchissement de sa source contractuelle et un affranchissement de tout lien national : en particulier, l'évolution du droit international conventionnel a eu pour but et pour effet d'assurer à l'arbitrage un régime véritablement international où les particularismes des conflits de lois et des lois substantielles sur l'arbitrage n'interviennent plus.

C'est -non sans quelque paradoxe- la nature contractuelle d'origine de l'arbitrage qui a permis de réaliser ces deux objectifs : c'est en effet sur le fondement de l'autonomie de la volonté que la spécificité de l'arbitrage international s'est imposée et son indépendance vis-à-vis des législations et des juridictions nationales.

On envisagera d'abord les cinq grandes questions dont la résolution a marqué l'évolution de l'arbitrage et son autonomie croissante (I) puis, plus brièvement, les instruments dont on dispose aujourd'hui pour mettre en oeuvre cet arbitrage (II).

## **I - Les cinq grandes questions qui ont marqué l'évolution de l'arbitrage international.**

(10) En synthétisant l'évolution de la matière, on peut avancer que cinq questions essentiellement ont marqué l'affranchissement de l'arbitrage international. Il s'agit de :

- l'autonomie qui a été reconnue à la clause compromissoire et, par voie de conséquence, la compétence qui a été reconnue aux arbitres pour statuer sur leur propre compétence ;
- la définition de l'arbitrabilité "subjective" -qui recouvre les questions de l'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre ;

- la définition de l'arbitrabilité "objective" -qui recouvre les questions de l'arbitrabilité des litiges non commerciaux et touchant à l'ordre public ;
- les questions de licéité et de validité de la convention d'arbitrage, qui recouvrent les problèmes de clause arbitrale par référence et de l'arbitrage dans les groupes de sociétés ;
- *last but not least*, la question, non pas en devenir mais en développement, de la loi applicable aux litiges internationaux et notamment de la *lex mercatoria* en tant que droit de fond véritablement international (ou transnational).

**Première question : Le principe dit d'autonomie de la clause compromissoire.**

(11) La première évolution a consisté pour l'arbitrage à s'affranchir de son origine contractuelle.

L'arbitrage, on le sait, est fondamentalement d'origine contractuelle. Il repose sur le libre consentement des parties puisque n'existe par définition aucun ordre juridictionnel international contraignant en la matière. De cette source contractuelle il résulte notamment que les arbitres n'ont de pouvoir que si les parties ont clairement voulu avoir recours à l'arbitrage (d'où la question de la validité des clauses d'arbitrage faute de laquelle la sentence est entachée de nullité) et qu'ils n'ont de pouvoir juridictionnel que sur un champ d'investigation défini par les parties elles-mêmes (sauf à statuer *ultra petita*, ce qui est également une cause de nullité).

Une première étape a consisté à admettre la validité de l'engagement d'arbitrer pour le futur, avant que naisse un litige -étape essentielle pour faire de l'arbitrage un mode normal de règlement des différends. On a donc admis la validité, non seulement des compromis d'arbitrage (*arbitration agreements*), conclus une fois le litige né, mais encore des clauses compromissoires (*arbitration clauses*), insérées dans les contrats commerciaux et emportant engagement de régler tous litiges futurs relatifs à ces contrats pour la voie de l'arbitrage.

C'est ce qui a notamment fait l'objet du Protocole de Genève de 1923 "relatif aux clauses d'arbitrage" -dont la signature par la France a d'ailleurs provoqué en 1925

l'adoption d'une loi autorisant les clauses compromissoires en matière commerciale (art. 631 du Code de Commerce français), jusqu'alors interdites.

(12) Une fois admise la validité de la clause compromissoire, il a fallu affranchir celle-ci du contrat commercial dans lequel elle se trouvait insérée. Il fallait en effet éviter à la clause compromissoire de suivre le sort du contrat de base, et de priver l'engagement d'arbitrer d'efficacité lorsque, notamment, la nullité du contrat était invoquée.

Cet affranchissement est passé par la reconnaissance de la spécificité de l'engagement de nature internationale.

Dès 1927, par une jurisprudence dite "Matter" du nom de son rapporteur, la Cour de Cassation française avait reconnu la spécificité de l'engagement international pour admettre la validité d'une clause monétaire, prohibée en droit interne, appliquée à des emprunts internationaux (Cass. civ. 17 Mai 1927, DP 1928, I, 25, Concl. Matter, note Capitant). Dès cette jurisprudence, la Cour de Cassation française définit l'internationalité du point de vue économique, constatant que le contrat crée *"un mouvement de flux et de reflux au dessus des frontières."*

Deux arrêts de 1930 et 1931 affirmaient déjà la validité de la clause compromissoire incluse avant la réforme de 1925 dans un contrat international, au motif, suivant les termes de la Cour de Cassation (repris à un mot près dans la réforme de 1981), que *"le marché, objet du litige, met en jeu les intérêts du commerce international"* (Cass. civ. 19 Fév. 1930, Mardelé c/ Muller et 27 Janv. 1931, Dambricourt c/ Rossardt, Rev. Crit. dr. int. pr. 1931, 514 ; S. 1933, I, 141, Note Niboyet).

(13) C'est par un arrêt Gosset de 1963 que la Cour de Cassation française a franchi l'étape décisive dans la reconnaissance de l'autonomie de la clause compromissoire en affirmant que cette clause était valable même dans le cas où le contrat principal serait nul (Cass. civ. 7 mai 1963, JDI 1964, 82, Note J.D. Bredin). Elle énonçait :

*"En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles qui ne sont pas alléguées en la*



*cause, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte",*

ce que Henri Motulski, grand spécialiste de l'arbitrage, a justement qualifié d'"absence de solidarité" entre le contrat commercial et le contrat d'arbitrage.

L'engagement d'arbitrer a donc été considéré comme un contrat dans le contrat, un engagement autonome : c'est l'un des aspects de ce que l'on a appelé l'autonomie de la clause compromissoire.

(14) Cependant, l'énonciation d'une "complète autonomie" recelait une mine de possibilités d'évolution supplémentaire que la jurisprudence, notamment française, n'a pas manqué d'exploiter.

Deux arrêts ont jalonné cette évolution :

- un arrêt Hecht (Cass. civ. 4 juillet 1972, JDI 1972, 843, Note Bruno Oppetit) a déclaré valide une clause compromissoire incluse dans un contrat de représentation (qui en droit interne aurait été qualifié de contrat mixte, ce qui aurait entraîné la nullité de la clause d'arbitrage) sur le fondement que :

*"en matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire présente une complète autonomie" ;*

- un arrêt Menicucci (Paris, 4e Ch. 13 Déc. 1975, JDI 1977, 106, Note Eric Loquin) a consacré la totale indépendance de la clause compromissoire en l'affirmant, non plus seulement par rapport au contrat commercial, mais encore par rapport à toute loi étatique :

*"Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable, indépendamment de la référence à toute loi étatique".*

Ayant ainsi montré, à titre d'exemple, comment la jurisprudence française a dégagé le principe de validité de la clause compromissoire sur le fondement de l'autonomie de la volonté, il reste à constater que l'autonomie de la clause compromissoire est devenu, selon le Professeur Francescakis une "*véritable règle matérielle de droit international privé*", ou

reconnue internationalement ("*Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire*", Rev. arb. 1974, 67), ou, selon le Professeur Berthold Goldman, un "*principe général de droit international*."

(15) Cependant, si ce principe de *separability* de la clause compromissoire affranchit en effet la clause compromissoire d'une nullité alléguée du contrat commercial, il ne supprime pas la question de l'allégation d'une nullité de la clause compromissoire elle-même, par exemple sur le fondement de l'absence de pouvoir de ses signataires.

L'autonomie de la clause compromissoire conduit ainsi à deux questions : qui décide de la validité de la clause ? et suivant quelles normes ? Ces questions sont celles, d'une part, du pouvoir des arbitres de statuer sur la validité de la clause et des limites de leur investiture et, d'autre part, de la règle de validité de la clause compromissoire.

(16) Le principe, essentiel à l'efficacité de l'institution, a été dégagé suivant lequel seuls les arbitres peuvent décider de leur propre compétence et donc, entre autres, de la validité de la clause, source de leurs pouvoirs. C'est ce que l'on a appelé, du terme allemand, la Kompetenz-Kompetenz.

Ce principe, comme l'autonomie de la clause compromissoire, a acquis le rang de principe de l'ordre international (ou transnational) en tant que règle coutumière universellement reconnue.

Non expressément formulé par la législation française sur l'arbitrage international (probablement parce qu'elle fut prise par décret), il est largement appliqué en France. Dans un récent arrêt de 1988, la Cour d'Appel de Paris a encore rappelé que :

*"La mission des arbitres, répondant au principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, impose au juge arbitral, sous réserve d'un recours éventuel contre sa sentence à venir (art. 1502 et 1504 du N.C.P.C.), d'exercer sa pleine compétence sur tous les éléments du litige déduits devant lui".*

La jurisprudence internationale en a fait de non moins multiples applications. Un exemple particulièrement riche parce qu'il récapitule la jurisprudence antérieure est fourni

clause compromissoire est valable "*indépendamment de tout loi étatique*". Ne faut-il entendre par là "*indépendamment de toute règle de conflit étatique*" ?

La question s'est particulièrement posée lorsqu'il s'est agi d'apprécier la validité de la clause d'arbitrage quant à sa forme : outre la forme écrite, qui est requise (notamment par la Convention de New-York du 10 Juin 1988 sur l'exécution des sentences arbitrales), devait-on poser la question en terme de licéité -et donc l'apprécier par rapport à une loi, demeurant à déterminer-, ou affirmer un principe de validité de la clause d'arbitrage ?

Dans un arrêt du 26 Mars 1991 (Paris, 1ère suppl. Rev. Arb. 1991, 456) qui n'est pas sans précédents (Paris, 1ère S. 28 Nov. 1989, Cotunav c/ André et 8 Mars 1990 Ducler c/ Polar-Rakennussof, Rev. Arb. 1990, 674) mais que tempère cependant un arrêt de la Cour de Cassation (10 Juillet 1990, Pia c/ Cassia) la Cour de Paris a semblé poser un véritable principe d'"existence" de la clause d'arbitrage, indépendamment de toute loi, quelle qu'elle soit. Un tel principe peut certes se justifier par la simple constatation que l'arbitre, à la différence du juge étatique, tire sa compétence de la volonté seule des parties (cf Pierre Mayer : "*L'arbitre est à l'intérieur d'un système crée par le contrat et ne possède aucun pouvoir hétéronome par rapport aux parties*", in Etudes Goldman, Litec 1982, 215). Mais cette affirmation d'un principe d'"existence" trouve ses limites si une question de forme de la clause est en jeu : car constater cette "existence" ne revient-il pas à constater la validité de la clause en la forme suivant la loi .... locale, qui n'a, précisément, aucun titre particulier à s'appliquer ?!

On le voit, des questions demeurent, au-delà de la constatation de l'évidente "faveur" dont jouit l'arbitrage international auprès des juridictions non seulement françaises, mais plus généralement occidentales.

Reste à retenir le principe *in favorem validitatis* incontestablement appliqué en matière internationale aux clauses compromissoires. Par ailleurs, si la clause compromissoire s'apprécie à l'aune d'une loi (possiblement) différente de celle applicable au contrat principal, cette loi est, soit une loi étatique spécifique qui va poser une règle matérielle applicable à la clause compromissoire en matière internationale, soit, par l'application d'un principe général du commerce international, la seule référence à l'autonomie des parties et la recherche de leur volonté : c'est finalement à une recherche dans les faits d'un consentement valable et éclairé des parties que les arbitres procèdent, suivis dès lors par les cours nationales de contrôle.

**Deuxième question : L'aptitude des personnes morales de droit public à compromettre : l'arbitrabilité subjective.**

(19) L'arbitrage international (l'arbitrage international économique) concerne les Etats et les personnes publiques, et les concerne même au premier chef : le contentieux de l'investissement, et plus généralement le contentieux afférant ce qu'on appelle en français (par analogie avec les *State contracts*) les "contrats d'Etats", relève de l'arbitrage international. C'est d'ailleurs à propos de contrats de ce type, notamment des concessions minières et pétrolières nationalisées dans les années 50, que les principales questions de l'arbitrage international ont été posées.

Il convient de signaler à ce propos la création en 1965, par la Convention de Washington, du C.I.R.D.I., le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements, doté d'un règlement d'arbitrage et d'un système *sui generis* de contrôle (mise en place de comités *ad hoc* chargés de statuer sur les requêtes en nullité), qui est réservé au contentieux de l'investissement entre les Etats (ou les personnes publiques par lui désignées) et les personnes privées.

Ainsi, si les contentieux arbitraux où interviennent des Etats ou des personnes publiques ne sont pas statistiquement les plus nombreux, ils figurent parmi les plus difficiles et les plus riches de par les contrats complexes et de longue durée qui les font naître, et ils ont le plus contribué aux progrès de l'institution.

(20) Or le premier réflexe des Etats (ou des personnes publiques) attirés dans une procédure arbitrale a longtemps été (et est encore) de contester la validité de la convention d'arbitrage au prétexte qu'ils ne seraient pas autorisés par leur législation à compromettre valablement, et que se soumettre à une procédure privée serait contraire à leur souveraineté.

Mais la sentence *Aramco*, et ... le Conseil Constitutionnel français tout récemment à propos du Parc Euro Disneyland, ont (avec beaucoup d'autres) relevé, à plus de trente ans d'intervalle, qu'un abandon de souveraineté en était l'expression même et qu'il n'y avait par ailleurs pas place, sur quelque fondement que ce soit, pour une quelconque interprétation restrictive des engagements d'un Etat :

*"La souveraineté, loin d'être un obstacle à la conclusion d'accord avec des particuliers, en est au contraire le fondement"* (Claude Reymond, "Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage", Rev. arb. 1985, 517).

(21) En France, l'interdiction faite aux personnes publiques de compromettre persiste. Seuls certains établissements publics à caractère industriel et commercial jouissent de cette autorisation par décret. Depuis trente ans cependant, il est acquis que cette prohibition ne s'applique pas en matière internationale. La Cour de Cassation française a posé cette exception dans un premier arrêt de 1964 (Cass. civ. 14 Avril 1964, capitaine du San Carlo, JDI 165, 646, Note Goldman) puis, plus nettement et en termes de pouvoir (et non de capacité), par un arrêt de 1966 (Cass. civ. 1ère, Trésor Public c/ Galakis, JDI, 1966, 648) : en posant en principe que, s'agissant d'un arbitrage international, la prohibition des articles 2059 à 2061 du Code Civil français n'était pas d'application, la Cour de Cassation a fait échec à la prétention de l'Etat français de ne pas se soumettre aux clauses compromissaires qu'il avait signées avec des armateurs grecs à la fin de la deuxième guerre mondiale.

La loi suisse de droit international privé, en son chapitre 12 relatif à l'arbitrage international, a posé en la matière une règle originale, assimilable à un *estoppel* (art. 177 de la L.D.I.P.) :

*"Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage".*

(22) De manière générale, la jurisprudence arbitrale internationale pose pour principe la validité de l'engagement de compromettre des Etats et des personnes publiques et rejette avec constance toutes les objections faites en cours d'arbitrage, qu'elles soient tirées de l'incapacité de l'Etat de s'engager, de l'absence de pouvoir de l'organe qui s'est engagé, et que le fondement en soit une loi, constitutionnelle ou pas, antérieure ou postérieure à la clause compromissoire. Elle se fonde pour cela sur les principes généraux du droit, le principe de la bonne foi, voire l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (*non concedit venire contra proprium factum*, ou *estoppel*) ou encore sur le respect de l'ordre public international.

Une affaire particulièrement éclairante à cet égard, *Framatome et autres c/ A.E.O.I.*, a donné lieu à une sentence sur la compétence du 30 Avril 1982 (JDI 1983, 914) où on relève :

*"Un principe général, reconnu universellement aujourd'hui à la fois dans les relations inter-étatiques et dans les relations internationales privées (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages commerciaux internationaux, ou que l'on reconnaisse les principes du droit international public, le droit de l'arbitrage international ou la lex mercatoria) .... interdirait dans tous les cas à l'Etat iranien, s'il en avait l'intention, ce qui n'est pas le cas, de répudier son engagement d'arbitrer, soit qu'il l'ait pris lui-même, soit qu'une organisation publique comme l'A.E.O.I. l'ait pris avant lui."*

On remarque le caractère général de l'affirmation des arbitres qui ne distinguent ni les motifs, ni la situation dans le temps de la cause alléguée d'impossibilité de compromettre valablement.

(23) La Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 Avril 1961 stipulait déjà :

*"Les personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de "personnes morales de droit public" ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage".*

L'Institut de Droit International a également pris, lors de sa session de 1989 de St Jacques de Compostelle, la résolution suivante (art. 5) :

*"Un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti."*

**Troisième question : Arbitrage et ordre public : l'arbitrabilité objective.**

(24) On touche ici aux limites du champ de compétence possible de l'arbitre international. La question est complexe, difficile ; elle a été et demeure largement controversée. A risquer une synthèse d'une jurisprudence parfois confuse, on peut distinguer trois phases d'évolution.

Une première phase, révolue aujourd'hui, est encore fortement marquée par l'emprise des prérogatives étatiques : à une époque de contingentement et de réglementation des changes et à l'occasion de contrats d'importation, le principe est dégagé que, dès lors qu'une règle d'ordre public risque simplement d'être appliquée par des arbitres, ils n'ont pas compétence pour se saisir du litige.

Dans une deuxième phase, dont on ne peut pas affirmer avec certitude qu'elle soit achevée, les juridictions de contrôle ont considéré qu'il ne suffisait pas qu'une règle d'ordre public soit en cause pour entraîner l'inarbitrabilité du litige, mais qu'il fallait de surcroît que la convention d'arbitrage elle-même prévoit la soumission à un tribunal arbitral d'une règle mettant en cause l'ordre public. Ainsi en France, dans un arrêt rendu en droit interne en matière de partage du marché de la publicité à Paris (Avenir Publicité c/ Decaux), la Cour de Cassation a considéré que le litige ne pouvait pas être soumis à des arbitres, non pas parce que des règles de droit de la concurrence étaient impliquées, mais parce que la question posée au tribunal arbitral, qui portait sur la validité d'une clause restrictive de concurrence, était elle-même une question de droit de la concurrence, relevant de l'ordre public.

Enfin, dans une troisième phase, on considère que, quel que soit le champ d'investigation des arbitres, aucune question de compétence ne peut se poser en amont de la sentence elle-même -ce qui revient à supprimer toute difficulté tenant à l'arbitrabilité, toute exception à la compétence des arbitres. Seule, la sentence est alors prise en considération ; seule, elle est contrôlée par les juridictions de contrôle : elle ne sera dès lors annulée que si les solutions qu'elle pose heurtent l'ordre public -et, faut-il ajouter, l'ordre public international.

(25) De fait, face à la question de l'arbitrabilité d'un litige en raison de l'interférence d'une question dite d'ordre public (car encore faut-il s'entendre sur cette notion et l'unanimité est loin d'être faite ....) deux attitudes peuvent être adoptées :

- ou bien, la question de l'arbitrabilité du litige est soumise à l'arbitre lui-même. Mais n'est-ce pas entrer dans un cercle vicieux que de faire dépendre la compétence des arbitres d'un examen du fond ?!

- ou bien, on ne pose pas la question en terme d'arbitrabilité du litige mais en terme de validité de la sentence au regard de l'ordre public.

Cette deuxième attitude, à l'évidence "libérale", a été consacrée par la Cour suprême des Etats-Unis dans un arrêt Mitsubishi du 2 Juillet 1985 (Rev. Arb. 1986, 273).

(26) Cette affaire, de par le retentissement qu'elle a connu, mérite qu'on s'y arrête quelques instants : la société Mitsubishi avait demandé à une *District Court* américaine de contraindre son distributeur de voitures aux Etats-Unis, Soler, à l'arbitrage ; le distributeur invoquait reconventionnellement une violation par Mitsubishi des lois américaines anti-trust. L'arbitrage devait être organisé par la *Japan Commercial Arbitration Association*, confié à trois arbitres japonais lesquels devaient statuer suivant le droit suisse (NB : que la loi applicable au contrat fût la loi suisse n'empêchait pas l'application de la loi américaine anti-trust, les questions de concurrence relevant de la loi de police économique applicable et non de la loi du contrat)

L'allégation d'une violation des lois anti-trust entraînait la demande par le distributeur de l'application de la règle des *triple damages* (condamnation à des dommages et intérêts égaux à trois fois le dommage prouvé) qu'on peut assimiler à une peine privée.

La Cour suprême des Etats-Unis pouvait-elle "se fier à" un tribunal arbitral pour l'application d'une telle règle de droit public ? Et une telle règle était-elle au demeurant applicable par un simple tribunal arbitral ?

Jusqu'alors, les cours américaines avaient affirmé (notamment dans un arrêt de 1968, *American safety equipment*) que les droits conférés par les lois anti-trust "étaient par nature inappropriées à une mise à exécution par voie d'arbitrage".



La *District Court* décidait néanmoins, au regard du caractère international des obligations de Mitsubishi et de son distributeur, de l'exécution en totalité de la convention d'arbitrage. La Cour d'appel confirmait cette décision en 1983. La Cour suprême a considéré à sa suite qu'il convenait de donner force à l'accord des parties, *même si* l'arbitrage pouvait résulter en une solution contraire au droit américain. A l'appui de sa décision, elle invoquait de très nombreux motifs, parmi lesquels la *comity*, le respect des capacités des tribunaux étrangers, les besoins du commerce international et la spécificité de l'arbitrage international. La Cour suprême relevait notamment :

*"... La règle des triples dommages ... est un outil essentiel dans la mise en oeuvre du mécanisme anti-trust ... L'importance de la sanction ... n'interdit pas cependant qu'elle puisse être recherchée hors d'une juridiction américaine ... Il n'existe aucune raison de penser, dès la naissance du litige, que l'arbitrage ne fournira pas un mécanisme adéquat ... Il n'y a en conséquence pas lieu de discuter de ce problème à ce stade de la procédure, alors que Mitsubishi recherche l'exécution de la convention d'arbitrage, et non celle d'une sentence ...."*

(27) Cette position, probablement inéluctable dans l'évolution de l'arbitrage international, laisse cependant des questions non résolues. Notamment : permettra-t-on aux arbitres de prononcer des amendes administratives, en application du Traité de Rome ou du droit français de la concurrence, par exemple, c'est-à-dire des amendes imposées au profit de la collectivité et encaissées par l'Etat ? La question est posée.

(28) Signalons encore que la Cour d'Appel de Paris a suivi la même voie libérale, notamment dans un arrêt du 28 Avril 1988 (Paris, 1ère S. *Matra c/ Alkan*, Rev. Arb. 1989, 280) où l'on relève :

*"Considérant qu'à supposer que l'interprétation donnée par l'arbitre du contrat soit contraire à l'ordre public, la nullité de la sentence ne pourrait être prononcée que dans la mesure où la solution adoptée sur le fond par l'arbitre heurterait elle-même l'ordre public ; que tel n'est pas le cas de la solution donnée aux litiges en sa sentence par l'arbitre qui consacre simplement le droit à indemnité d'Alkan pour non respect par Matra de ses engagements."*

**Quatrième question : Arbitrage et groupes de sociétés.**

(29) La quatrième question fondamentale qui s'est posée dans l'évolution de l'arbitrage international concerne l'opposabilité d'une clause compromissoire à d'autres parties que celles qui l'ont signée et, plus particulièrement, aux membres du même groupe.

La matière a particulièrement été étudiée dans une sentence opposant le groupe suisse Dow Chemical à la société française Isover Saint-Gobain, rendue sous l'égide de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce internationale le 23 Septembre 1982. Cette sentence a fait l'objet d'un recours devant la Cour de Paris et a été confirmée le 21 Octobre 1983 (Rev. Arb. 1984, 137 et 98). Il s'agissait de savoir si une clause compromissoire souscrite par deux sociétés filiales d'un groupe international engageait également la société-mère et une autre filiale du groupe, non signataires de la clause.

(30) Le tribunal arbitral avait constaté que les sociétés non signataires avaient activement participé à la négociation, à l'exécution et à la résiliation des conventions litigieuses : de sorte qu'il pouvait déduire que c'est, non pas le contrôle exercé par la maison-mère sur ses filiales et l'appartenance des sociétés à un même groupe qui justifiait l'opposabilité de la clause compromissoire à d'autres sociétés du groupe, mais la volonté commune, constatée et effective de l'ensemble des intéressés de participer au contrat. Pour le tribunal arbitral, la notion de groupe de sociétés combinée avec le critère nécessaire de la participation effective à une même opération économique permettait de faire céder le principe de l'effet relatif des conventions et de "percer le voile social" de la seule société signataire.

Le tribunal arbitral avait par ailleurs considéré que, pour déterminer cette volonté effective, et en se fondant sur l'autonomie de la clause compromissoire, il avait à tenir compte, non pas du droit applicable au fond du litige, mais de la seule volonté des parties, *"en tenant compte des usages du commerce international conformes aux intérêts des groupes de sociétés"*. Ainsi n'avait-il pas fait application de la loi française, contrairement à la règle française de droit international privé qui fait dépendre l'identification des parties au contrat de la loi d'autonomie, en l'espèce la loi française, réticente à reconnaître la notion de groupes de sociétés.

(31) La Cour d'Appel de Paris, saisie d'un recours en annulation, a *confirmé* la sentence. Elle a affirmé que le tribunal arbitral avait pu valablement juger sa compétence sans se référer au droit français aux motifs qu'il était distingué, *au moins implicitement*, dans l'acte de mission, entre l'appréciation de la compétence du tribunal et la détermination de la loi applicable au fond : ainsi la Cour interprétait-elle les faits dans le sens d'une nouvelle application du principe d'autonomie pour apprécier la portée et les effets d'une clause compromissoire.

D'autres décisions françaises, également des décisions américaines qui n'ont pas encore eu la sanction de la Cour suprême des Etats-Unis, vont dans le même sens.

On peut donc affirmer que l'unité économique du groupe est prise en compte pour admettre l'adhésion implicite à une clause compromissoire, pour autant que les circonstances démontrent que les sociétés membres non signataires ont effectivement participé au contrat.

**Cinquième question : La loi applicable au fond du litige : l'autonomie de la norme applicable.**

(32) C'est la dernière "grande" question qui a marqué (et continue de marquer) l'évolution de l'arbitrage international.

Les conditions de validité de la convention d'arbitrage (du compromis d'arbitrage ou de la clause compromissoire) ont déjà été évoquées : autonomie de la loi applicable et application du principe *in favorem validitatis*.

Différente est la question du droit applicable au fond du litige par les arbitres. On peut la considérer comme marginale ; elle est pourtant essentielle.

On peut la considérer comme marginale dès lors que la majorité des litiges portent sur l'interprétation de faits ou sur l'interprétation de dispositions contractuelles et qu'on peut considérer de surcroît que, plus le contrat est élaboré et détaillé (comme c'est le cas des contrats complexes et de longue durée), plus il devient autonome, "autarcique", sans véritable nécessité d'un recours à des normes extérieures.

La question est cependant essentielle car c'est d'elle que dépend la solution du litige, en ce compris d'ailleurs la définition de la norme d'interprétation des dispositions contractuelles (notons que, contrairement à ce qui n'est sans doute qu'une illusion, plus le contrat est complexe, détaillé et apparemment "autarcique", plus il soulève des difficultés d'interprétation).

La détermination de la loi applicable est le plus souvent simple : si les parties désignent expressément le droit applicable. La référence, de plus en plus fréquente, aux usages du commerce international diminue en toute hypothèse la difficulté de cette détermination et, en tout cas, la portée de la question, car l'introduction de cet élément "transnational" a inéluctablement pour effet d'amoindrir les divergences entre les diverses solutions nationales possibles. Enfin, la liberté totale reconnue à l'arbitre international (liberté qui confine, selon certains, à un véritable "pouvoir discrétionnaire") peut aussi simplifier la question.

Toutefois, la question demeure complexe dès lors qu'elle se pose, et ce à la mesure de la complexité croissante de la société internationale. Elle ne se pose cependant pas dans les mêmes termes suivant que l'arbitrage est en droit ou en équité.

### L'arbitrage en équité.

(33) La notion d'équité (*aequitas*, du sanskrit *eka*, un), son contenu et ses limites, sont toujours controversés. Elle ne se confond notamment pas avec l'*amiable composition* : selon le droit français, l'arbitre amiable compositeur n'est pas dispensé purement et simplement d'appliquer les règles de droit ; mais, ayant dégagé une solution en droit, il peut s'en écarter au motif que, dans le cas d'espèce, elle ne constituerait pas, de son point de vue, une solution équitable.

Le droit suisse connaît en revanche l'arbitrage en équité comprise comme une notion "*fondamentalement différente des règles de droit traditionnel, y compris de celles qui renvoient à l'équité*" : l'arbitre qui statue en équité est alors libéré de tout droit, même impératif ; il a donc incontestablement un pouvoir très large. A cette conception suisse de l'équité, on peut rattacher les pouvoirs de l'arbitre de statuer *ex aequo et bono*.

Une véritable clause d'équité autoriserait donc l'arbitre international à statuer sans être lié par aucune règle juridique quelconque -sous la seule réserve de l'ordre public

international (ou transnational), vérifié au moment d'un contrôle de la sentence. L'arbitre amiable compositeur au contraire, si du moins il a conventionnellement l'obligation de motiver sa décision (ce qui est le cas notamment pour les arbitrages rendus sous l'égide de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce internationale), doit établir l'enchaînement de la motivation de sa sentence en droit, puis en équité.

(34) L'arbitrage en équité ou en amiable composition est, quoiqu'il en soit, l'exception par rapport à la règle qui est l'arbitrage en droit. La logique voudrait donc que les parties autorisent expressément les arbitres à disposer de tels pouvoirs.

Effectivement, la loi française stipule (au moins implicitement !) la nécessité d'une autorisation expresse des parties. De la même façon, l'article 28 de la Loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. (Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International) et l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. n'autorise l'arbitre à statuer *ex aequo et bono* ou comme amiable compositeur que s'il y est expressément autorisé par les parties.

En revanche, ni l'article 13 du Règlement de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, ni la loi fédérale suisse de droit international privé (art. 187, al.2) n'exigent d'autorisation expresse, ce qui semble autoriser l'accord tacite, source possible de difficultés.

(35) Dans la pratique, les parties font fréquemment usage de cette possibilité : la clause d'équité revêt souvent une fonction d'éviction du droit étatique, analogue dans la démarche (mais non dans le résultat) à la référence aux principes généraux du droit, à la *lex mercatoria* ou au droit transnational.

En toute hypothèse, les arbitres, qu'ils aient le pouvoir de statuer en équité, *ex aequo et bono* ou en amiable composition, ont l'obligation -et non simplement la faculté-, même s'ils ont recours à des normes juridiques, de vérifier que ces principes entraînent, de leur point de vue, une solution du litige conforme à leur sens de l'équité.

### L'arbitrage en droit.

(36) L'arbitre international se pose assez rarement la question du droit applicable : la reconnaissance universelle du principe de l'autonomie de la volonté implique que le droit applicable est souvent expressément déterminé par les parties ; on constate de surcroît, une assez large équivalence des droits internes en matière de contrats, outre que l'interprétation du contrat par lui-même suffit souvent à la résolution du litige.

(37) Dès lors en tout cas que les parties ont élu une loi applicable, les arbitres sont liés par ce choix : il n'y a pas place pour une éventuelle vérification par l'arbitre du caractère judiciaire ou pas d'un tel choix (vérification distincte de la prise en compte éventuelle de lois d'applications nécessaires). D'une part en effet, la pratique du droit international privé a abandonné depuis longtemps la recherche d'un lien effectif ou raisonnable comme condition de validité du choix opéré par les parties. D'autre part, de nombreux règlements d'arbitrage imposent aux arbitres de trancher le litige conformément aux règles de droit choisies par les parties mais, dans tous les cas, de tenir compte des stipulations du contrat et des usages du commerce international (cf art. 13.5 du Règlement de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I. ; art. 33.3 du Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. ; article 1496 al. 2 du N.C.P.C. français ; art. 28.4 de la Loi-modèle de la C.N.U.D.C.I.).

Il arrive cependant que l'arbitre ait à rechercher la volonté des parties, à dégager un éventuel choix tacite du droit applicable- sous la réserve de l'article 3.1 de la Convention de Rome selon laquelle l'élection de droit doit être expresse ou *"ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances"*.

### Le mode de détermination du droit applicable en l'absence de sa désignation par les parties.

(38) L'arbitre international n'a pas de for et par voie de conséquence pas de *lex fori*. On a pu en déduire que *"l'éviction des systèmes de droit international privé appartenant au droit étatique a pu être jugé particulièrement adapté à la juridiction arbitrale"* (François Rigaud, Cours à l'Académie de droit international de La Haye, 1989). Effectivement, la pratique arbitrale récente comme les législations "modernes" en matière d'arbitrage international

suppriment l'étape des règles de rattachement et utilisent la méthode directe de détermination du droit applicable sans "détour" par un système de droit international privé.

A titre d'exemple, l'article 1496 du Nouveau Code de Procédure Civile français (N.C.P.C.) stipule :

*"L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce".*

Il en va de même de l'article 13.1 des *Rules of the London Court of International Arbitration* (L.C.I.A.).

La loi suisse de droit international privé stipule, en son article 187 :

*"Le tribunal arbitral statue suivant les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits."*

Des textes récents envisagent encore le détour par la règle de conflit mais laissent "carte blanche" à l'arbitre dans sa désignation : c'est le cas de la Loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. (article 28.2) ; du Règlement de la C.N.U.D.C.I. (article 33.1) ; du Règlement C.C.I. (article 13.3).

Un point est en tout cas acquis : l'arbitre international n'est pas obligé de consulter et d'appliquer les règles de droit international privé du lieu du siège de l'arbitrage, soit en l'absence de choix par les parties (pour déterminer le droit matériel applicable), soit même en cas d'un tel choix (pour en apprécier la validité ou la portée).

### Le droit applicable.

(39) Dans sa désignation des règles de droit, l'arbitre n'est en aucun cas limité au choix d'un droit étatique. Par règles de droit, une pratique arbitrale internationale constante entend, non seulement les droits étatiques, mais encore les principes généraux du droit et la *lex mercatoria*. L'une des premières manifestations de cette position a été l'article 42 de la

Convention de Washington du 18 Mars 1965 créant le C.I.R.D.I.. Elle est confirmée par l'article 28 de la Loi-modèle de la C.N.U.D.C.I. ; par l'article 1496 du N.C.P.C. français ; par l'article 187 de la loi suisse de droit international privé ; par l'article 1504 du Code de Procédure civile néerlandais, par exemple.

Des controverses doctrinales existent sur, tout à la fois, le contenu de la *lex mercatoria* (comprend-elle ou se distingue-t-elle des principes généraux du droit et des usages du commerce ?) et son éventuelle consécration en tant que système de droit.

Ces interrogations ne peuvent cependant pas conduire à nier ce qui relève simplement du constat : la *lex mercatoria*, ce droit transnational appliqué aux rapports économiques internationaux, existe puisqu'on le "rencontre" en permanence dans les contrats, dans les sentences et jusque dans les jurisprudences nationales.

La *lex mercatoria* ne se confond pas, en effet, avec l'équité, ni ne se réduit à un quelconque blanc-seing donné à l'arbitre. Elle constitue un corps de règles appelées à s'appliquer directement à la sphère des relations économiques internationales, parmi lesquelles figurent :

- tout d'abord, des règles à champ d'application spécifique, ou restreint : applicables à telle profession, à tel type de contrat. Ce sont des usages, des usances, des coutumes d'essence corporatiste, bref ce que l'on nomme généralement les usages du commerce international ;
- par ailleurs, dans ou à côté de la *lex mercatoria* (suivant les conceptions), des règles universelles applicables aux contrats quel qu'en soit l'objet et que la pratique, la coutume, les divers systèmes législatifs, le droit international public, bref la totalité des utilisateurs de conventions auraient suffisamment utilisées, dégagées, nommées, abstraitisées, afin que, en redescendant au niveau du fait concret, elles puissent être réutilisées de manière répétitive et produire un résultat, sinon exactement prévisible, du moins parfaitement cohérent : ce qui correspond aux principes généraux du droit.

Ainsi la *lex mercatoria* contient-elle à la fois des règles matérielles positives qui vont s'appliquer de manière soit impérative, soit supplétive, et par ailleurs des principes généraux, lesquels s'apparentent peut-être plus à une méthode de dégagement du sens, sans fournir de réponse toute faite susceptible de combler, par exemple, un vide d'un contrat.



(40) En France, la consécration de la *lex mercatoria* comme règle de droit est récente. Dans les années 1980, la jurisprudence française a posé que la *lex mercatoria* était une règle de droit en "*tant qu'usage s'imposant avec la force de l'évidence*". En 1989 elle a cité explicitement la *lex mercatoria* comme étant une règle de droit, en en déduisant la conséquence que l'arbitre, qui avait l'obligation de statuer en droit, s'était confirmé à sa mission en y faisant exclusivement référence.

Tout récemment (le 22 Octobre 1991), la Cour de Cassation a rejeté un pourvoi pour non respect de sa mission par l'arbitre lequel, tenu de définir le droit applicable, avait décidé que le droit le plus approprié pour régler le différend était la *lex mercatoria* ou les usages du commerce. La cour suprême a relevé qu'en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre avait statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation.

A notre connaissance, les Cours suprêmes autrichiennes et italiennes ainsi que la Cour d'Appel de Londres ont eu l'occasion de se prononcer récemment dans le même sens.

Cette consécration de la *lex mercatoria* ne dispense pas -cela résulte d'une pratique arbitrale constante- de réfléchir à la question du droit applicable, éventuellement en termes de droit international privé ou de règle de conflit, et de vérifier la concordance des résultats obtenus par la méthode directe avec ce qu'aurait donné l'application d'autres méthodes : les règles de conflits des pays en cause, les principes généraux du droit international privé, ou tout simplement par comparaison des résultats concrets de l'application de diverses règles de droit national ou anational potentiellement applicable. Dans de nombreux cas, les arbitres internationaux appliquent cumulativement les diverses méthodes : cumul de systèmes de conflits de lois, cumul de lois matérielles ou de règles applicables au fond, accumulant ainsi les motifs qui convergent vers la solution retenue.

(41) Si la liberté de l'arbitre dans la détermination du droit applicable est ainsi totalement consacrée, elle n'est cependant pas sans limite. Cette limite résulte d'abord du nécessaire respect de la volonté des parties, donc des stipulations du contrat ; elle tient également à l'intervention de l'ordre public négatif (de l'ordre public d'éviction), ou de l'ordre public positif, imposant des normes strictement impératives.

Certes, faute de *lex fori*, toute transposition de l'ordre public international de l'Etat du siège de l'arbitrage est exclue. En revanche, émerge un ordre public "transnational", "supra-national" ou "véritablement international" (Pierre Lalive, Rapport au Congrès de l'I.C.C.A., New-York, 1985) qui s'applique à l'arbitre de façon à la fois positive et négative, et où figurent notamment le principe de bonne foi, la prohibition de toute discrimination raciale et de l'esclavage, le respect des droits de l'homme, la protection du patrimoine culturel, etc...

## II - Les mécanismes de l'administration et de régulation de l'arbitrage.

(42) L'institution de l'arbitrage ainsi parvenue à l'indépendance, à maturité pourrait-on dire, reste à évoquer, dans les très grandes lignes, le cadre du déroulement d'un arbitrage et le sort de la sentence une fois rendue.

La première question évoque les deux moyens d'organiser l'arbitrage : soit par référence à un règlement d'arbitrage -ce qu'on appelle l'arbitrage *institutionnel* ; soit sans référence à un règlement d'arbitrage - ce qu'on appelle l'arbitrage *ad hoc*.

La deuxième question est celle du contrôle et de l'exécution des sentences.

On les évoquera, très brièvement, dans cet ordre.

### L'arbitrage institutionnel.

(43) Au titre des arbitrages *institutionnels*, il convient de faire un sort à part aux institutions d'arbitrage très spécialisées dans certaines branches du commerce, dont l'aspect corporatiste est fortement marqué, et qui rendent, notamment, les arbitrages dits de qualité, ou les arbitrages en matière maritime.

Plus intéressantes sont les institutions ou centres d'arbitrage à vocation générale qui proposent à la fois un règlement d'arbitrage et une administration de cet arbitrage, le règlement se trouvant incorporé à la clause compromissoire par simple référence par les parties.

La plus connue de ces institutions, la plus ancienne aussi, est la dite "Cour d'Arbitrage" de la Chambre de Commerce Internationale, qui fournit aux praticiens un Règlement, lequel évolue et dont la dernière version date de 1988.

Cette "Cour d'Arbitrage" n'a cependant de "Cour" que le nom : elle n'est pas un tribunal arbitral mais un simple organe administratif qui suit le déroulement de l'arbitrage, en contrôle l'évolution normale, aidée en cela par un Secrétariat.

Les arbitres, appelés seuls à trancher du différend, n'ont, eux, aucun lien obligé avec la dite Cour -il n'existe pas, en particulier, de liste sérieuse d'"arbitres auprès de la C.C.I.". L'un des aspects fondamentaux de l'arbitrage (non essentiel cependant à sa qualification), le libre choix par les parties de "leurs" arbitres, est en effet ici respecté : sauf à avoir prévu un arbitre unique (choisi d'accord commun par les deux parties et, à défaut, désigné par la Cour d'Arbitrage de la C.C.I.), chacune des parties désigne son arbitre et les deux arbitres désignent entre eux le président ; ce n'est que faute pour l'une des parties de désigner son arbitre, ou pour les deux arbitres de s'entendre sur le choix du président, que la Cour d'arbitrage de la C.C.I. se substitue à eux.

Ainsi la Cour d'arbitrage de la C.C.I., comme tout centre d'arbitrage, axe-t-elle d'abord son activité autour de la constitution du tribunal arbitral, à laquelle elle veille, et qu'elle complète éventuellement.

(44) La deuxième activité des centres d'arbitrage consiste à administrer les arbitrages. Sur ce point encore, les institutions d'arbitrage ne disposent vis-à-vis des parties d'aucun pouvoir d'initiative, mais d'un simple devoir de surveillance : car l'organisation de l'arbitrage relève elle aussi de la liberté des parties.

Certes, cette organisation est prévue dans ses grandes lignes par le règlement du centre. Mais elle est (ou peut être) complétée, adaptée, façonnée en quelque sorte jusque dans les moindres détails de procédure par les parties elles-mêmes, au moyen notamment de ce document, né de la pratique de la Cour d'arbitrage de la C.C.I. et abondamment utilisé en dehors d'elle, qui est l'Acte de Mission des Arbitres. Signé conjointement en début d'arbitrage par les parties et les arbitres, l'Acte de Mission fixe l'objet du litige, définit le différend et les questions auxquelles les arbitres auront à répondre, le déroulement de la procédure : ordres et délais de transmission des mémoires ; faculté d'avoir recours à des

experts et modalités des éventuelles expertises ; tenue des audiences ; modalités d'administration des preuves, etc ...

(45) Le troisième pôle d'activité de l'institution d'arbitrage est centré sur le prononcé de la sentence. Mais, encore une fois, les seuls juges étant les arbitres, le centre ou l'institution d'arbitrage, ne peut ni rendre la décision, ni en contrôler la substance. Certes, la Cour d'arbitrage de la C.C.I. se réserve un droit de regard sur la sentence avant qu'elle soit diffusée aux parties mais, sauf à "bloquer" éventuellement une sentence totalement dénuée de pertinence (ce qui à notre connaissance ne s'est jamais produit !), une telle "revue" ne saurait être que de pure forme : la Cour d'arbitrage de la C.C.I. comme tout centre d'arbitrage en règle générale n'a ni le pouvoir, ni d'ailleurs la compétence, pour se substituer aux arbitres si peu que ce soit.

On aura alors compris que l'intérêt d'avoir recours à une institution d'arbitrage tient essentiellement à deux points : d'une part, la référence à un Règlement pré-établi, connu et, devrait-on ajouter, rompu à l'usage des parties ; d'autre part, le recours à l'institution en cas de blocage du processus arbitral par le fait de la défaillance ou de la carence de l'une des parties.

On peut, naturellement, se passer de règlement extérieur dès lors qu'on prend la peine de rédiger dans la clause compromissoire elle-même un règlement particulier, *ad hoc*, suffisamment précis, de l'arbitrage à venir.

En revanche, le problème se pose de pallier l'éventuel mauvais vouloir ou la carence de l'une des parties dans la conduite du processus arbitral : à défaut de pouvoir contraindre cette partie à agir (par exemple à désigner son arbitre), encore faut-il qu'une autorité extérieure puisse se substituer à elle afin que l'arbitrage poursuive son cours.

Pour cela, deux moyens sont possibles : contractuel ou égal. Ces deux moyens existent aujourd'hui, en dehors de toute référence à une institution d'arbitrage ; ils rendent plus que jamais d'actualité les arbitrages libres, ou *ad hoc*.

### L'arbitrage ad hoc

(46) L'arbitrage *ad hoc* était déjà rendu possible grâce à la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signé à Genève le 21 Avril 1961 qui emportait de fait règlement d'arbitrage et prévoyait une autorité ("le président ou le comité spécial") capable de se substituer à une partie défaillante dans la mise en place du processus arbitral.

La possibilité et l'opportunité d'avoir recours à des arbitrages *ad hoc*, y compris pour des affaires complexes, ont encore été accentuées par deux phénomènes.

Tout d'abord, la Commission des Nations Unis pour le Droit du Commerce International (C.N.U.D.C.I.) a établi un Règlement d'arbitrage complet auquel les parties sont libres d'adhérer par simple référence incluse dans la clause compromissoire.

Par ailleurs, les législations modernes qui traitent spécifiquement de l'arbitrage international organisent le recours aux juridictions étatiques comme auxiliaires du processus arbitral : le recours au juge judiciaire, saisi suivant des procédures d'urgence ou extrêmement simplifiées, permet ainsi de "débloquer" l'arbitrage en cas de défaillance de l'une des parties, ou résoudre ses difficultés de fonctionnement.

L'arbitrage *ad hoc* est donc plus que jamais à l'ordre du jour -ce qui n'est pas forcément pour plaire aux institutions d'arbitrage, mais qui en revanche est extrêmement intéressant pour les parties elles-mêmes, pour une première raison, très évidente, de coût.

### Le contrôle et l'exécution des sentences internationales.

(47) J'évoquerai encore plus brièvement les questions de contrôle et d'exécution des sentences arbitrales internationales.

L'instrument essentiel en la matière est la Convention de New-York du 10 Juin 1958 relative "*à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères*". Signée par la plupart des Etats, cette Convention a été déterminante pour la progression de l'arbitrage international : elle a imposé la reconnaissance des sentences arbitrales internationales, leur traitement sur un pied d'égalité avec l'arbitrage interne, enfin la

limitation à sept cas limitativement définis (article V de la Convention) des hypothèses où pourraient être refusées la reconnaissance de la sentence et son exécution.

(48) Les législations nationales spécifiques à l'arbitrage international qui ont fait suite à cette Convention ont poursuivi dans cette voie en prévoyant, en règle générale, le caractère définitif de la sentence arbitrale, sous (l'éventuelle) réserve de recours en nullité ouverts contre la sentence dans des cas très précisément définis -à l'exclusion de tout appel.

En toute hypothèse (même dans un pays comme la Belgique, qui exclut tout recours en nullité direct contre la sentence dans le pays où elle a été rendue) demeure la possibilité d'un recours en nullité contre l'ordonnance d'exequatur dans le pays où l'exécution de la sentence est poursuivie, soit suivant les cas prévus par la législation nationale applicable, soit, et en toute hypothèse, suivant la Convention de New-York.

(49) Par ailleurs, en matière de législations spécifiques à l'arbitrage international, les dix dernières années ont vu une évolution considérable. Les pays qui n'avaient ni législation, ni jurisprudence en la matière ont notamment été invités à prendre pour référence une Loi-modèle d'arbitrage établie par la C.N.U.D.C.I., auquel les Etats sont naturellement libres d'apporter toutes les amodiations possibles. Cette Loi-modèle semble faire de plus en plus d'adeptes : le Canada s'est doté d'une législation nouvelle sur ce fondement ; l'Egypte a sur cette base une législation en projet.

#### **Conclusion : La coopération des juridictions étatiques.**

(50) Longtemps considérées comme un frein au développement de l'arbitrage international, étroitement liées à son évolution, les juridictions étatiques ne sont plus (si elles se sont jamais considérées comme telles) concurrentes des juridictions arbitrales, dans les pays occidentaux du moins. Elles sont au contraire, par la reconnaissance de la volonté des parties et de l'irréductible nécessité de l'arbitrage international, les meilleures alliées de celui-ci.

Voies de recours limitées, coopérations des juridictions étatiques à la mise en oeuvre de l'arbitrage, sont les deux traits fondamentaux communs de nos pays en la matière, soit qu'ils soient dotés de législations sur l'arbitrage international qui stipulent clairement ces règles libérales, soit que, dotées de règles plus contraignantes, ce soient les juridictions elles-mêmes qui interprètent ces dispositions dans un sens libéral et d'une sécurité de l'arbitrage.

L'arbitrage international est parvenu, au terme du processus d'évolution que l'on a tenté de retracer, à un stade de maturité et d'indépendance assez perfectionné : autonomie de l'institution, autonomie de la norme applicable, contrôle limité des sentences ... suivant une méthode qui frôle d'ailleurs parfois le formalisme abstrait.

On se réfère à deux arrêts de la Cour de Cassation française rendu l'un en Décembre 1991 et l'autre en Mai 1992 qui confirment des rejets de recours en annulation fondés, dans un cas sur la violation du principe de la contradiction et, dans l'autre cas sur la fraude, sur le fondement de considérations de pure forme : preuve, s'il en était besoin, que la sentence arbitrale internationale, une fois rendue, est bel et bien définitive, "pour le meilleur et pour le pire" pourrait-on dire ? Il tient aux "acteurs", et particulièrement aux arbitres, à ce que cela soit de plus en plus ... pour le meilleur.

### Sources de droit

**Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères** (texte adopté par la Conférence des Nations Unies, New York, 10 juin 1958)

**Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international** (résolution 31/98 adoptée par l'Assemblée générale le 15 décembre 1976 (Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément no. 17 (A/31/17), chap. V, sect. C.))

**Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international** (adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 (A/40/17, Annexe I))

Les textes sont publiés en anglais dans

Zamora, Stephen; Brand, Ronald A. (ed.):

Basic Documents of International Economic Law, Volume II, Chicago 1990; p. 979 et seq.